



Tilburg University

Over openbare veiligheid in het migratierecht

Oosterom-Staples, Helen

Published in:

Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht

DOI:

[10.5553/NtER/138241202017023007001](https://doi.org/10.5553/NtER/138241202017023007001)

Publication date:

2017

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Oosterom-Staples, H. (2017). Over openbare veiligheid in het migratierecht: Het prijskaartje voor onze vrijheid. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 23(7), 165-172.

<https://doi.org/10.5553/NtER/138241202017023007001>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Over openbare veiligheid in het migratierecht; het prijskaartje voor onze vrijheid?

Mr. H. Oosterom-Staples*

Inzet van het geschil in de zaak *Sahar Fahimian* is de afwijzing van haar visumaanvraag om aan de Technische Universität Darmstadt promotieonderzoek te kunnen verrichten. Volgens de Duitse autoriteiten vormt haar aanwezigheid in Duitsland een potentiële dreiging van de openbare veiligheid in de zin van artikel 6 lid 1 sub d gelezen in samenhang met considerans 14 van de Studentenrichtlijn. Het Hof van Justitie preciseert de beoordelingsmarge die lidstaten genieten in hun afwijzing of in het individuele geval de nationale veiligheid in het geding is dat van hen vraagt om een prognose te maken van het dreigende gevaar op basis van het voorzienbare gedrag en de situatie in het land van herkomst van de betrokkene.

HvJ (Grote kamer) 4 april 2017, zaak C-544/15, Sahar Fahimian/Bundesrepublik Deutschland, in tegenwoordigheid van: Stadt Darmstadt, ECLI:EU:C:2017:255

Inleiding

Overwegingen die verband houden met de openbare orde/veiligheid zijn in de migratiewet- en regelgeving normale gronden om het genot van rechten te ontfangen. Zo ook in het Unierecht. Onder verwijzing naar de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie onderscheidt de Europese Commissie in haar *Richtsnoeren voor een betere toepassing van de Verbljfsrichtlijn*¹ deze begrippen als volgt van elkaar: openbare orde ziet op ‘de voorkoming van verstoring van de sociale orde’ en openbare

veiligheid op de interne en de externe veiligheid, ‘in de zin van het behoud van de integriteit van het grondgebied van een lidstaat en van zijn instellingen’.² Om het onderscheid tussen deze begrippen te waarborgen, moeten de lidstaten in hun nationale wet- en regelgeving duidelijk omschrijven welke belangen van de samenleving door welk begrip worden beschermd en voorzien in duidelijke waarborgen om te voorkomen dat onder het begrip openbare veiligheid ook maatregelen vallen die onder het begrip openbare orde vallen.³

Voor het begrip nationale veiligheid geldt dat in geen enkele Unierechtelijke migratieregeling wordt uitgewerkt wat hieronder moet worden verstaan. Dit is anders voor het begrip openbare orde. Soms wordt volstaan met het noemen van openbare orde als grondslag om een verblijfsrecht te ontfangen of te beperken zonder deze nader te preciseren. Soms wordt de openbare orde-exceptie wel gepreciseerd. Dit kan gebeuren in de bepaling zelf, in de considerans of een combinatie van deze twee. Een zorgvuldige lezing van de uitwerking die het openbare orde-begrip in de verschillende EUmigratieregelingen heeft gekregen, legt bloot dat er inhoudelijke verschillen zijn in deze uitwerking.⁴

De verschillen tussen de regelingen zijn niet beperkt tot de inhoudelijke norm. Ook de ‘rol’ die de openbare orde en openbare veiligheid spelen bij verkrijging van rechten en de verdeling van de bewijslast in de verschillende migratieregelingen verschilt. Zo geldt voor de Verbljfs-

165

* Mr. H. (Helen) Oosterom-Staples is verbonden aan het Departement Europees en Internationaal Publiekrecht van Tilburg Law School.

1. Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (verder: Verbljfsrichtlijn of Richtlijn 2004/38/EG), *PbEG* 2004, L 229/35.

2. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad betreffende richtsnoeren voor een betere omzetting en toepassing van Richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, 2 juli 2009, COM(2009)313 def., (verder: Richtsnoeren van de Commissie of COM(2009)313 def.), par. 3.2. Voor de status van deze richtsnoeren in Nederland zie: ABRvS 6 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS1678, r.o. 2.4.1 (duurzame relatie), *JV* 2011/429 en ABRvS 13 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BV3584 (openbare orde), *JV* 2012/85.

3. COM(2009)213 def., par. 3.1.

4. Zie: H. Oosterom-Staples, ‘Botsende openbare orde begrippen in het Europese Migratierecht’, *NtEr* 2006/8-9, p. 169-181.

richtlijn, de EEG-Turkije-overeenkomst en de zogenoemde Kwalificatierichtlijn (vluchtelingen en subsidiair beschermen)⁵ dat de openbare orde en openbare veiligheid geen constitutief vereiste zijn voor verkrijging van migratierechten. Het aan deze regelingen ontleende verblijfsrecht geniet de begunstigde van rechtswege als deze aan de verblijfsvoorwaarden voldoet. Dit betekent dat de gastlidstaat op het moment van verkrijging van verblijfsrechten niet kan beoordelen of zijn openbare orde/veiligheid door de aanwezigheid van de betrokkene in het geding is. Lidstaten mogen aan deze regelingen ontleende migratierechten wel beperken als zij voldoende bewijs hebben om aan te tonen dat de betrokkene een gevaar vormt voor de openbare orde/veiligheid.⁶ Als openbare orde/veiligheid een constitutief vereiste is voor verkrijging van migratierechten geldt daarentegen dat van de betrokkene verlangd kan worden dat deze bewijsstukken overlegt waaruit blijkt dat met zijn aanwezigheid de openbare orde/veiligheid in de gastlidstaat niet in het geding is. Als constitutief vereiste kunnen lidstaten al bij de eerste aanvraag afwegen of de betrokkene een gevaar vormt voor de openbare orde/veiligheid. Het is ook mogelijk om een reeds verkregen migratierecht op een later moment in te trekken of een verlengingsverzoek af te wijzen als op een later moment wordt vastgesteld dat de betrokkene een gevaar vormt voor de openbare orde/veiligheid.

De zogenoemde Studentenrichtlijn,⁷ de richtlijn die ten grondslag ligt aan de uitspraak die in deze bijdrage centraal staat, is een voorbeeld van een richtlijn waarin de openbare orde/veiligheid een constitutief vereiste is voor verkrijging van een verblijfsrecht.⁸ Openbare orde/veiligheid wordt genoemd in artikel 6 lid 1 sub d van de Studentenrichtlijn als een toelatingsvoorwaarde waaraan een derdelander die gedurende een periode langer dan drie maanden in een EU-lidstaat wil verblijven om een studie te volgen, moet voldoen.⁹ Artikel 16 van de Studentenrichtlijn bepaalt vervolgens dat lidstaten een op grond van die richtlijn afgegeven verblijfstitel mogen intrekken, weigeren of niet hoeven te verlengen als er

sprake is van fraude, er niet langer wordt voldaan aan de toelatingsvoorwaarden, of als de openbare orde/veiligheid of volksgezondheid in het geding is. In deze bepalingen wordt niet gepreciseerd wanneer de aanwezigheid van een derdelander-student een gevaar vormt voor de openbare orde/veiligheid van zijn gastlidstaat. Dit gebeurt wel in punt 14 van de considerans.¹⁰ Deze overweging luidt:

‘Met name kan toelating worden geweigerd indien een lidstaat op basis van feiten tot het oordeel is gekomen dat de betrokken onderdaan van een derde land een potentiële bedreiging vormt voor de openbare orde en de binnenlandse veiligheid. Voor het begrip openbare orde kan een veroordeling wegens het plegen van een ernstig misdrijf relevant zijn. In dit verband zij erop gewezen dat voor de begrippen openbare orde en binnenlandse veiligheid tevens relevant is of een onderdaan van een derde land behoort of heeft behoord tot een vereniging die steun verleent aan terrorisme, een dergelijke vereniging steunt of heeft gesteund, dan wel extremistische doelstellingen huldigt of heeft gehuldigd.’

Naast de verblijfsvoorwaarden voor derdelanderstudenten geeft de Studentenrichtlijn een aantal procedurevoorschriften. Het voor deze bijdrage relevante procedurevoorschrift staat in artikel 18 lid 2 van de Studentenrichtlijn, te weten: lidstaten mogen een aanvraag opschorten als zij aanvullende informatie nodig hebben. Ondanks de hierboven benoemde verschillen tussen de Unierechtelijke migratieregelingen was het de verwachting dat het Hof van Justitie zou kiezen voor een uniforme uitleg van de begrippen openbare orde/veiligheid.¹¹ Leidend zou zijn de uitleg die het Hof van Justitie heeft gegeven aan deze begrippen in de Verblijfsrichtlijn. Deze verwachting was gestoeld op het feit dat het Hof van Justitie bij de uitleg van het openbare orde-begrip in artikel 14 lid 1 van Besluit nr. 1/80 van de Associatierraad EEG-Turkije,¹² artikel 24 lid 1 van de Kwalificatierichtlijn,¹³ artikel 7 lid 4 van de Terugkeerrichtlijn,¹⁴ artikel 8 lid 3 sub e van de Opvangrichtlijn¹⁵ en artikel

5. Art. 27 Richtlijn 2004/38/EG, art. 14 lid 1 Besluit nr. 1/80 van de Associatierraad EEG-Turkije d.d. 19 september 1980 betreffende de ontwikkeling van de associatie, P. Boeles, *Teksten Internationaal Migratierecht*, Deel 2, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 93-96 en art. 24 lid 2 Richtlijn 2011/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming (herschikking) (verder: Kwalificatierichtlijn), *PbEU* 2011, L 337/9.
6. Voor de Verblijfsrichtlijn zie: COM(2009)313 def, par. 3.3. Zie ook: HvJ 27 april 1989, zaak 321/87, *Commissie/België*, ECLI:EU:C:1989:176, punt 10. Voor de Kwalificatierichtlijn, zie: HvJ 24 juni 2015, zaak C-373/13, *H.T.*, ECLI:EU:C:2015:413, punt 63, *JV* 2015/258 m.nt. H. Battjes.
7. Richtlijn 2004/114/EG van de Raad van 13 december 2004 betreffende de voorwaarden voor de toelating van onderdanen van derde landen met het oog op studie, scholierenuitwisseling, onbezoldigde opleiding of vrijwilligerswerk (verder: Studentenrichtlijn of Richtlijn 2004/114/EG), *PbEG* 2004, L 375/12.
8. Voor de verblijfsvoorwaarden, zie art. 6 en 7 Richtlijn 2004/114/EG.
9. Voor de definitie van student, zie: art. 2 sub d Richtlijn 2004/114/EG.

10. Voor het eerst te vinden in de totstandkomingsdocumenten in het politiek akkoord bij het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de voorwaarden voor toelating van onderdanen van derde landen met het oog op studie, scholierenuitwisseling, onbezoldigde beroepsopleiding of vrijwilligerswerk, 31 maart 2004, 8013/04, voetnoot 5 (gemaakt bij art. 6).
11. P. Boeles: ‘Gevaar voor openbare orde. Een nieuwe blik op de glijdende schaal’, *Asiel&Migrantenrecht* 2016/5, p. 223; M. Wijngaarden, ‘Kroniek Openbare orde’, *Asiel&Migrantenrecht* 2016/5, p. 242. Voor de langdurig ingezetene richtlijn zie: D. van Dam, ‘Openbare orde-voorbeelden in het vrij verkeer van personen’, *Asiel&Migrantenrecht* 2009/5, p. 180-185.
12. HvJ 10 februari 2000, zaak C-340/97, *Nazli*, ECLI:EU:C:2000:77, punten 55-61, *RV* 2000, 87 m.nt. C.A. Groenendijk.
13. *H.T.*, punten 75-93.
14. HvJ 11 juni 2015, zaak C-554/13, *Zh. en O.*, ECLI:EU:C:2015:377, punt 50, *JV* 2015/209 m.nt. G.N. Cornelisse en *EHRC* 2015/186 m.nt. P. Boeles.
15. HvJ 15 februari 2016, zaak C-373/13, *J.N.*, ECLI:EU:C:2016:84, punten 64-73, *JV* 2016/90 m.nt. G.N. Cornelisse.

12 van de Langdurig ingezetenenrichtlijn¹⁶ deze uitleg naar analogie heeft toegepast. Voor analoge toepassing gebruikt het Hof van Justitie verschillende argumenten. Een in algemene bewoordingen geformuleerde rechtvaardiging voor uniforme uitleg van de begrippen openbare orde/veiligheid is te vinden in punt 77 van de uitspraak in het arrest *H.T.* waar het Hof van Justitie overweegt dat ‘de omvang van de bescherming die een samenleving aan haar fundamentele belangen wenst te bieden, niet mag verschillen naargelang van de juridische status van de persoon die deze belangen schaadt’.

De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is of het arrest in de zaak *Fahimian* een voorbode is dat het Hof van Justitie afziet van een uniforme uitleg van de begrippen openbare orde/veiligheid in de verschillende Unierechtelijke migratieregelingen, maar zich zal laten leiden door de doelstellingen, context en bewoordingen van de migratieregeling waarin deze begrippen zijn opgenomen. Het antwoord op deze vraag zal worden geformuleerd door de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Fahimian* te vergelijken met de uitleg van de begrippen openbare orde/veiligheid in de Verblijfsrichtlijn. Na een bespreking van het arrest *Fahimian* volgt onder het kopje ‘Commentaar’, de beantwoording van de onderzoeksvraag. Hiervoor is het noodzakelijk om eerst stil te staan bij de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie waarin het de begrippen openbare orde/veiligheid in de Verblijfsrichtlijn preciseert. In het licht van de omvang van deze bijdrage zal de nadruk liggen op de rechtspraak waarin het Hof van Justitie zich buigt over de vraag of lidmaatschap van een organisatie en een potentiële bedreiging – de twee elementen die centraal staan in de precisering van de begrippen openbare orde/veiligheid in punt 14 van de considerans van de Studentenrichtlijn – een beroep op deze excepties rechtvaardigen.

Het arrest *Fahimian*

De feiten

Om in Duitsland promotieonderzoek te verrichten vraagt de Iraanse studente Sahar Fahimian op 21 november 2012 een visum aan bij de Duitse ambassade in Teheran. Uit een begeleidend schrijven van de algemeen directeur van het *Center for Advanced Security Research* van de Technische Universiteit Darmstadt blijkt dat het door Fahimian te verrichten onderzoek, waarvoor zij een onderzoeksbeurs van voornoemd onderzoekscentrum zal ontvangen, ‘betrekking heeft op vraagstukken variërend van “de beveiliging van mobiele systemen, in het bijzonder inbraakdetectiesystemen voor smartphones, tot beveiligingsprotocollen”’.¹⁷

De Duitse autoriteiten motiveren hun afwijzing van Fahimians aanvraag enerzijds met een beroep op de algemene situatie in Iran, die voor hen ‘de vrees rechtvaardigt dat de kennis die Fahimian zou verwerven in het kader van haar verblijf voor studiedoeleinden, vervolgens in haar land van herkomst zou worden misbruikt’¹⁸ en anderzijds de vrees dat deze kennis ‘zou kunnen worden gebruikt voor interne onderdrukking in Iran of meer in het algemeen, in het kader van schending van de mensenrechten’.¹⁹ Hun vermoeden van misbruik van de kennis die Fahimian zal verwerven, onderbouwen de Duitse autoriteiten met het argument dat het algemeen bekend is dat de Iraanse regering al langere tijd werkt aan een omvangrijk cyberprogramma dat haar toegang zal geven tot vertrouwelijke informatie in westerse landen en hiervoor cyberaanvallen uitvoert om bouwplannen en onderzoeksresultaten voor het Iraanse atoomprogramma te verkrijgen waarvan wordt vermoed dat deze wordt ontwikkeld voor militaire doeleinden.²⁰ Zij benadrukken dat de onderwijsinstelling waar Fahimian haar studie in Iran heeft gevolgd, de Sharif University of Technology (SUT), nauwe banden onderhoudt met het Iraanse bewind en om die reden is geplaatst op de VN/EU gemeenschappelijke lijst van instellingen waartegen beperkende maatregelen gelden.²¹ Verder kan niet worden uitgesloten dat Fahimian na haar afstuderen nog contacten onderhoudt met personen verbonden aan de SUT.²²

In geschil is of de afwijzing van de visumaanvraag gerechtvaardigd kan worden op grond van de openbare veiligheid in de zin van artikel 6 lid 1 sub d gelezen in samenhang met punt 14 van de considerans van de Studentenrichtlijn. De verwijzende rechter betwijfelt of artikel 6 lid 1 sub d van de Studentenrichtlijn van toepassing is omdat geen enkele concrete omstandigheid in verband met de handelswijze van Fahimian of haar contacten met bepaalde personen is aangevoerd die duiden op een gevaar voor de openbare veiligheid, en het verband tussen de vaardigheden die zij tijdens het promotieonderzoek en het vermoeden van misbruik daarvan niet duidelijk is geworden.²³

De uitspraak

Met zijn prejudiciële vragen beoogt de verwijzende rechter duidelijkheid te verkrijgen omtrent de beoordelingsmarge die lidstaten genieten bij de afweging van het mogelijke gevaar voor de openbare veiligheid dat uitgaat van een derdelander-student en het toezicht van de

16. HvJ zaak 8 december 2011, zaak C-371/08, *Ziebell*, ECLI:EU:C:2011:809, punten 79-85, RV 2011, 41 m.nt. H. Oosterom-Staples, JV 2012/76 m.nt. C.A. Groenendijk.

17. HvJ 4 april 2017, zaak C-544/15, *Fahimian*, ECLI:EU:C:2017:255, punt 19.

18. *Fahimian*, punt 23.

19. *Fahimian*, punt 26.

20. *Fahimian*, punt 23.

21. Verordening (EU) nr. 267/2012 van de Raad van 23 maart 2012 betreffende beperkende maatregelen ten aanzien van Iran en tot intrekking van Verordening (EU) nr. 961/2010, *PbEU* 2012, L 88/1, gewijzigd bij Verordening (EU) nr. 1263/2012 van de Raad van 21 december 2012, *PbEU* 2012, L 356/34, in het bijzonder bijlage IX, zoals gewijzigd bij Uitvoeringsverordening (EU) nr. 1202/2014 van de Raad van 7 november 2014, *PbEU* 2014, L 325/3.

22. *Fahimian*, punt 25.

23. *Fahimian*, punt 27.

ationale rechter op de manier waarop deze beoordelingsmarge wordt gebruikt.

Het vertrekpunt van het Hof van Justitie is dat lidstaten niet bevoegd zijn om aan de toelating van derdelanderstudenten andere dan de in artikelen 6 en 7 van de Studentenrichtlijn genoemde voorwaarden te stellen; de opsomming van verblijfsvoorwaarden in deze bepalingen is uitputtend. Lidstaten moeten derhalve een verblijfsdocument verstrekken als de aanvrager het bewijs levert dat aan deze voorwaarden is voldaan.²⁴ In het arrest *Ben Alaya* overwoog het Hof van Justitie al dat het stellen van andere – lees: aanvullende – eisen in strijd is met artikel 4 lid 2 van de Studentenrichtlijn, omdat dergelijke eisen ‘erop neerkomen dat de toelatingsvoorwaarden voor deze personen strenger worden’.²⁵ Dit sluit echter niet uit dat lidstaten in hun afweging of er aan de toelatingsvoorwaarden wordt voldaan een zekere beoordelingsmarge genieten, in het bijzonder in hun afweging of de openbare veiligheid door de aanwezigheid van een derdelander-student in het geding zal zijn.²⁶

Het Hof van Justitie overweegt vervolgens in punt 38 dat het begrip nationale veiligheid in artikel 6 lid 1 sub d van de Studentenrichtlijn niet is gedefinieerd. Het haalt in punt 39 de precisering van dit begrip in zijn vaste rechtspraak aan, te weten:

‘[Het begrip openbare veiligheid dekt] zowel de interne als de externe veiligheid van een lidstaat ... Bijgevolg kan door de aantasting van het functioneren van instellingen en essentiële openbare diensten, door risico's voor het overleven van de bevolking, door het risico van een ernstige verstoring van de externe betrekkingen of van de vreedzame coëxistentie van de volkeren alsook door de aantasting van militaire belangen, de openbare veiligheid in gevaar worden gebracht.’

Vervolgens onderscheidt het Hof van Justitie in punt 40 het begrip ‘openbare veiligheid’ in artikel 6 lid 1 sub d, gelezen in samenhang met punt 14 van de considerans van de Studentenrichtlijn, van dat in artikel 27 lid 2 van de Verblijfsrichtlijn om te rechtvaardigen dat onder nationale veiligheid in de zin van de Studentenrichtlijn ook een potentiële dreiging kan vallen. Dit betekent dat lidstaten in hun beoordeling van een aanvraag voor een verblijfstitel op grond van laatst genoemde richtlijn niet alleen hoeven te kijken naar ‘de gedragingen van de aanvrager maar tevens [rekening kunnen houden] met andere elementen die verband houden met, onder meer, zijn loopbaan’.²⁷ Hiervoor moeten lidstaten de autoriteiten beschikken over uitgebreide kennis van het land van

herkomst (lees: land waarin de aanvrager woont). Dit vereist van de nationale autoriteiten dat zij een complexe evaluatie maken waarbij

‘met name [wordt gekeken naar] de persoon van de aanvrager, zijn integratie in het land waarin hij woont, zijn politieke, sociale en economische situatie, alsmede de eventuele bedreiging die de toelating, voor studiedoeleinden, van die aanvrager tot het grondgebied van de betrokken lidstaat zou vormen voor de openbare veiligheid, gelet op het risico dat de kennis die deze aanvrager zal verwerven tijdens zijn studie later in het land van herkomst zou kunnen worden gebruikt voor doelen die de voormelde openbare veiligheid schaden. Dergelijke complexe evaluaties impliceren dat prognoses worden gemaakt over het voorzienbare gedrag van de visumaanvrager en moeten met name berusten op een uitgebreide kennis van het land waarin die aanvrager woont en op een analyse van verscheidene documenten en van de verklaringen van die aanvrager’.²⁸

Om deze evaluatie te kunnen maken moeten de nationale autoriteiten over een ruime beoordelingsmarge beschikken.²⁹ Als de nationale autoriteiten op basis van de aan hen verstrekte gegevens niet in staat zijn deze complexe evaluatie te maken, voorziet artikel 18 lid 2 gelezen in samenhang met overweging 15 van de considerans van de Studentenrichtlijn in de mogelijkheid om de aanvraag te schorsen en van de visumaanvrager te verlangen dat deze aanvullende informatie verstrekt.³⁰ Over de rol van de nationale rechter overweegt het Hof van Justitie als volgt. In het licht van de ruime beoordelingsmarge van de nationale autoriteiten is het de taak van deze rechter om, rekening houdend met de bewijslastverdeling, vast te stellen of een weigeringsbesluit ‘op een voldoende solide feitelijke grondslag is gebaseerd’.³¹ Zij moeten nagaan of er sprake is van ‘kennelijke onjuistheden’, of alle procedurele waarborgen – een zorgvuldig en onpartijtig onderzoek – in acht zijn genomen en of het besluit zodanig is gemotiveerd dat een rechter kan vaststellen dat is voldaan aan alle feitelijke en juridische waarborgen waaraan de uitoefening van de beoordelingsmarge is onderworpen, in het bijzonder of er ‘geldige redenen’ zijn voor de conclusie dat de openbare veiligheid in een concreet geval in het geding is.³² In punt 48 benoemt het Hof van Justitie de volgende elementen waar de nationale rechter i.c. naar zou kunnen kijken: (1) Fahimian is afgestudeerd aan een onderwijsinstelling die op een VN/EU gemeenschappelijke lijst staat en (2) het door Fahimian in Duitsland te verrichten onderzoek heeft betrekking op ‘het gebied van de beveiliging van informatietechnologieën’.

24. *Fahimian*, punten 31-36. Zie: art. 12 Richtlijn 2004/114/EG.

25. HvJ 10 september 2014, zaak C-491/13, *Ben Alaya*, ECLI:EU:C:2014:2187, punt 32. Zie over deze uitspraak: R. Fernhout, ‘An Analysis of the *Ben Alaya* Case C-491/13: When Conditions of the Students Directive are met, that Directive Confers Entitlement to a Student Visa, without Leaving the National Authorities any Direction in that Regard’, *European Journal of Migration and Law* 2015, p. 147-155 en R. Fernhout, *JV* 2015/345.

26. *Fahimian*, punt 37.

27. *Fahimian*, punt 40.

28. *Fahimian*, punt 41.

29. *Fahimian*, punten 42-43.

30. *Fahimian*, punt 44. Zie ook: *Ben Alaya*, punt 34.

31. *Fahimian*, punt 45.

32. *Fahimian*, punt 46.

Commentaar

In dit commentaar staat de vraag centraal of de uitspraak in de zaak *Fahimian* een trendbreuk laat zien met betrekking tot de precisering van het begrip openbare veiligheid in de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie. Het uitgangspunt van deze rechtspraak is dat de invulling van de begrippen openbare orde/veiligheid door de lidstaten gebeurt die hierbij rekening mogen houden met hun eigen behoeften en het tijdsgewricht. Deze bevoegdheid wordt als volgt begrensd. Ten eerste moeten lidstaten de algemene beginselen van het Unierecht en de grondrechten van de betrokkene eerbiedigen. Ten tweede moeten lidstaten terughoudend zijn met een beroep op deze excepties omdat deze het fundamentele recht op vrij verkeer van personen, dat onderdanen van de lidstaten in hun hoedanigheid van Unieburger genieten, beperken.³³ Ten derde controleren de instellingen van de Unie de door de lidstaten gekozen invulling van deze begrippen waarvan zij ‘de draagwijdte niet eenzijdig ... [kunnen bepalen]’.³⁴ Tot slot wordt de beoordelingsruimte van lidstaten ook beperkt door de eis dat er, ongeacht de beperkingsgrond die wordt ingeroepen, altijd getoetst moet worden of in een individueel geval het persoonlijk gedrag van de betrokkene ‘een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt, die een fundamenteel belang van de samenleving van die lidstaat aantast’ en moet er een belangenafweging plaatsvinden waarbij de in artikel 28 lid 1 van de Verbljfsrichtlijn opgesomde belangen worden meegenomen.³⁵

Hoewel het Hof van Justitie al arrest heeft gewezen in zaken waarin terrorisme als rechtvaardigingsgrond is gebruikt om migratierechten te beperken, zien geen van deze uitspraken op een terrorisme(dreiging) die uitgaat van een begunstigde van de Verbljfsrichtlijn.³⁶ De uitspraak die het dichtst bij deze problematiek komt waarbij een EU-burger is betrokken, is die in de zaak *Olazabal*.³⁷ Inzet van het geschil in deze zaak was niet de rechtmatigheid van de openbare orde-maatregel zelf – een strafrechtelijke veroordeling ‘wegens deelneming aan een criminele organisatie die verstoring van de openbare orde door intimidatie of terreur ten doel

heeft’³⁸ – maar de minder ingrijpende maatregel, te weten een territoriale beperking van het reis- en verblijfsrecht. Deze gedeeltelijke beperking van de bewegingsvrijheid in de gastlidstaat acht het Hof van Justitie verenigbaar met het Unierecht mits er jegens de eigen onderdanen voor eenzelfde gedraging repressieve of andere maatregelen getroffen worden.³⁹ Dat deelname aan een organisatie een rechtvaardiging kan zijn om het reis- en verblijfsrecht van EU-burgers te beperken, volgt uit het arrest in de zaak *Van Duyn* (zie paragraaf: ‘Openbare orde; de materiële norm’). Naast de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het begrip openbare veiligheid, die in punt 38 van de uitspraak in de zaak *Fahimian* wordt aangehaald, geeft het Hof van Justitie in het reeds aangehaalde arrest *P.I.* een belangrijke aanwijzing dat terrorismebestrijding een beperkende maatregel is die kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de openbare veiligheid (zie paragraaf: ‘Openbare veiligheid; de materiële norm’).

Openbare veiligheid; de materiële norm

Over het begrip openbare veiligheid is minder rechtspraak van het Hof van Justitie dan over het begrip openbare orde. Het uitgangspunt is dat openbare veiligheid zowel de interne als de externe veiligheid van een lidstaat omvat, in de zin van ‘het behoud van de integriteit van het grondgebied van een lidstaat en van zijn instellingen’.⁴⁰ De in punt 39 van het arrest *Fahimian* aangehaalde overweging waaruit blijkt dat de nationale veiligheid in het geding is als er sprake is van een ‘aantasting van het functioneren van instellingen en essentiële openbare diensten, door risico’s voor het overleven van de bevolking, door het risico van een ernstige verstoring van de externe betrekkingen of van de vreedzame co-existentie van de volkeren alsook door de aantasting van militaire belangen’ komt uit de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie onder de Verbljfsrichtlijn.⁴¹

In de uitspraken in de zaken *Tsakouridis* en *P.I.* preciseert het Hof van Justitie het begrip ‘dwingende redenen van openbare veiligheid’ in artikel 28 lid 3 van de Verbljfsrichtlijn. Ten aanzien van de vraag of terrorisme een rechtvaardiging kan zijn om het reis- en verblijfsrecht van een EU-burger te beperken om zo een ‘dwingende reden van openbare veiligheid’ te beschermen, volgt uit het arrest *P.I.* dat de opsomming van strafbare feiten in artikel 83 lid 1 tweede alinea VWEU die om gemeenschappelijk optreden door de lidstaten vragen, leidend is. De in deze opsomming genoemde strafbare feiten kwalificeert het Hof van Justitie in punt 28 van het arrest *P.I.* als strafbare feiten die ‘een buiten-

33. HvJ zaken 4 december 1974, zaak 41/74, *Van Duyn*, ECLI:EU:C:1974:133, punten 21-23 en HvJ 28 oktober 1975, zaak 36/75, *Rutili*, ECLI:EU:C:1975:137, punt 27.

34. HvJ 13 september 2016, gevoegde zaken C-304/14, *CS*, ECLI:EU:C:2016:674, punt 37 en HvJ 13 september 2016, zaak C-165/14, *Rendón Marín*, ECLI:EU:C:2016:675, punt 58. In beide arresten verwijst het Hof van Justitie naar zijn uitspraken in de zaken *Van Duyn*, punt 18, HvJ 27 oktober 1977, zaak 30/77, *Bouchereau*, ECLI:EU:C:1977:172, punt 33, HvJ 29 april 2004, gevoegde zaken C-482/01 en C-493/01, *Orfanopoulos en Oliveri*, ECLI:EU:C:2004:262, punten 64-65, HvJ 27 april 2006, zaak C-441/02, *Commissie/Duitsland*, ECLI:EU:C:2006:253, punt 34, en HvJ 7 juni 2007, zaak C-50/06, *Commissie/Nederland*, ECLI:EU:C:2007:325, punt 42.

35. HvJ 22 mei 2012, zaak C-348/09, *P.I.*, ECLI:EU:C:2012:300, punten 30 en 32.

36. Voor de Kwalificatierichtlijn, zie arrest *H.T.*

37. HvJ 26 november 2012, zaak C-100/01, *Olazabal*, ECLI:EU:C:2002:712.

38. *Olazabal*, punt 12.

39. *Olazabal*, punten 41-42.

40. COM(2009)313 def., par. 3.1.

41. HvJ 10 juli 1984, zaak 72/83, *Campus Oil*, ECLI:EU:C:1984:256, punten 34-35; HvJ 17 oktober 1995, zaak C-70/94, *Fritz Werner*, ECLI:EU:C:1995:328, punt 27; HvJ 13 juli 2000, zaak C-423/98, *Alfredo Albore*, ECLI:EU:C:2000:401, punt 22; HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-398/98, *Commissie/Griekenland*, ECLI:EU:C:2001:565, punt 29; en HvJ EU 23 november 2010, zaak C-145/09, *Tsakouridis*, ECLI:EU:C:2010:708, punt 44.

gewoon ernstige inbreuk vormen op een fundamenteel belang van de samenleving, die een rechtstreekse bedreiging kan vormen voor de gemoedsrust en de fysieke veiligheid'. Hoewel de door *P.I.* gepleegde strafbare feiten zich lieten kwalificeren als seksueel uitbuiten van kinderen, rechtvaardigt de in algemene bewoordingen geformuleerde verwijzing naar de opsomming van strafbare feiten in artikel 83 lid 1 tweede alinea VWEU, dat begint met terrorisme, de conclusie dat terrorismebestrijding ook tot de 'dwingende redenen van algemene veiligheid' gerekend moet worden en derhalve tot een beperking van het reis- en verblijfsrecht van EU-burgers mag leiden.

Openbare orde; de materiële norm

Een verwijderingsmaatregel die dient om de openbare orde te beschermen, moet gerechtvaardigd zijn door het persoonlijk gedrag van de betrokkene. Dit gedrag moet 'een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormen'.⁴² Door het persoonlijk gedrag van de betrokkene centraal te stellen, kunnen lidstaten een door de openbare orde gerechtvaardigde maatregel niet rechtvaardigen door motiveringen die los staan van het individuele geval of die verband houden met algemene preventieve redenen.⁴³

In het *Van Duyn*-arrest preciseert het Hof van Justitie wanneer aansluiting bij een groep of organisatie aangemerkt kan worden als 'persoonlijk gedrag' in de zin van artikel 27 lid 2 van de Verbljfsrichtlijn. De rechtsvraag die het Hof van Justitie in deze zaak moest beantwoorden, was of het Verenigd Koninkrijk terecht de Nederlandse Van Duyn de toegang tot zijn grondgebied had ontzegd omdat Van Duyn als secretaresse in dienst wilde treden bij de in die lidstaat gevestigde scientologische instelling.⁴⁴ Van 'persoonlijk gedrag' is sprake, aldus het Hof van Justitie, als de EU-burger

'is of was aangesloten bij een groep of organisatie, wier activiteiten door de lidstaat strijdig worden geacht met het openbaar belang, maar in die staat niet onwettig zijn' en die persoon 'voornemens is in die lidstaat een dienstbetrekking bij een dergelijke groep of organisatie te aanvaarden, terwijl aan de onderdanen van die lidstaat, die bij een dergelijke groep of organisatie een soortgelijke dienstbetrekking wensen te aanvaarden, geen beperkingen in de weg worden gelegd'.⁴⁵ [cursivering toegevoegd]

In punt 17 onderscheidt het Hof van Justitie als volgt een nog bestaande en een reeds beëindigde aansluiting bij een organisatie:

'al vermag een aansluiting die in het verleden is geëindigd in het algemeen niet rechtvaardigen dat het recht op vrij verkeer binnen de [Unie] aan de belang-

hebbende wordt ontzegd, niettemin een tegenwoordige aansluiting, als blijk van deelneming aan de activiteiten van de groep of organisatie alsmede van identificering met haar doel en strekking, kan worden beschouwd als een vrijwillige handeling van de betrokkene en bijgevolg als onderdeel van diens persoonlijk gedrag in de zin van genoemde bepaling'.

Dat niet elke aansluiting bij een groep of organisatie een openbare orde-maatregel rechtvaardigt, volgt uit punt 19 van het *Van Duyn*-arrest, waar het Hof van Justitie overweegt dat de nationale autoriteiten (de activiteiten van) die groep of organisatie als een gevaar voor de maatschappij moeten hebben aangemerkt en er bestuurlijke maatregelen zijn getroffen om die activiteiten tegen te gaan. Het Hof van Justitie gaat echter niet zo ver dat de gewraakte activiteiten bij wet moeten worden verboden, als een lidstaat dit niet dienstig acht en accepteert dat dit kan betekenen dat de beperkende maatregel *uitsluitend gevolgen heeft voor EU-burgers uit andere lidstaten*.⁴⁶

De eis dat er door het persoonlijke gedrag een fundamenteel belang van de samenleving in het geding is, betekent dat een openbare orde-maatregel niet zonder meer is gerechtvaardigd na een strafrechtelijke veroordeling van de betrokkene⁴⁷ en het uit den boze is om verwijdering automatisch te laten volgen op een dergelijke veroordeling.⁴⁸ Een strafrechtelijke veroordeling mag wel een rol spelen in de afweging of er sprake is van recidivegevaar dat de conclusie rechtvaardigt dat zelfs na uitzetting van een straf de betrokkene een gevaar vormt voor de samenleving in de gastlidstaat. Anders gesteld, het gevaar is nog 'actueel'.⁴⁹ De beoordeling van een mogelijk recidivegevaar vereist van de nationale autoriteiten dat zij 'een inschatting van het toekomstig gedrag van de betrokkene [maken]' [cursivering toegevoegd].⁵⁰

De conclusie dat het reis- en verblijfsrecht van een EU-burger mag worden beperkt vanwege het gevaar dat terrorisme vormt voor de veiligheid van de samenleving van de gastlidstaat, vindt mijns inziens steun in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Een belangrijk element in deze rechtspraak is de waarborg dat een lidstaat maatregelen heeft genomen om de activiteiten die volgens hem tot een beperking van het reis- en verblijfsrecht van migrerende EU-burgers kan leiden, tegen te gaan. Ook preventief optreden door lidstaten bij een vermoeden van terrorismedreiging dat uitgaat van een EU-burger zou verenigbaar kunnen zijn met het Unierecht. Het Hof van Justitie overweegt immers in punt 16 van het *Van Duyn*-arrest dat een *voornemen* om in dienst te treden van de Church of Scientology voldoende is om een beroep op de openbare orde-exceptie te rechtvaardigen.

46. *Van Duyn*, punt 23.

47. Art. 27 lid 2 eerste alinea Richtlijn 2004/38/EG.

48. *Bonsignore*, punten 5-7 en HvJ 19 januari 1999, zaak C-348/96, *Calfa*, ECLI:EU:C:1999:6, punten 17-27.

49. *Bouchereau*, punten 25-30; *Orfanopoulos en Oliveri*, punten 82 en 100; en *Commissie/Nederland*, 7 juni 2007, punten 42-45.

50. COM(2009)313 def., par. 3.2.

42. Art. 27 lid 2 tweede alinea Richtlijn 2004/38/EG.

43. Art. 27 lid 2 tweede alinea Richtlijn 2004/38/EG. Zie: HvJ 26 februari 1975, zaak 67/74, *Bonsignore*, ECLI:EU:C:1975:34, punten 5-7.

44. *Van Duyn*, Jur. 1974, p. 1340.

45. *Van Duyn*, punt 16.

gen. Lastiger, in het licht van de huidige terrorismedreiging, is de vraag of lidstaten zich op de openbare orde/veiligheid-excepties kunnen beroepen als niet hun samenleving, maar de samenleving in een andere – in het geval van *Fahimian* een derde – staat in het geding is. Wat is het fundamentele belang van de samenleving van de gastlidstaat dat met een verwijderingsmaatregel wordt gediend als de dreiging van terrorisme zich voordoet in een andere staat?

Uniformiteit of differentiatie?

Om de vraag te beantwoorden of het Hof van Justitie in de zaak *Fahimian* tot een wezenlijk andere invulling van de bevoegdheid van lidstaten komt als deze zich beroepen op de openbare orde en/of openbare veiligheid wil ik een onderscheid maken tussen enerzijds de inhoudelijke norm en anderzijds de functie die deze begrippen hebben in een migratieregeling; uitsluitend een grondslag om rechten te beperken of ook als constitutief vereiste voor verkrijging van rechten. Wat de inhoudelijke norm betreft, neig ik tot de conclusie dat er nog steeds één inhoudelijke norm is. Dat er wel degelijk een verschil is tussen de migratieregelingen volgt mijns inziens uit de ‘rol’ van openbare orde/veiligheid bij verkrijging/verlies van migratierechten.

• De materiële norm

De woorden ‘potentiële bedreiging’ in overweging 14 van de Studentenrichtlijn zijn een indicatie dat de begrippen openbare orde/veiligheid in deze richtlijn een ruimere, althans andere materiële norm stellen dan in de Verbliffsrichtlijn. Ook de vermelding in deze overweging dat ‘een veroordeling voor een ernstig misdrijf’ en het ‘beho[ren] of hebben behoord tot een vereniging die steun verleent aan terrorisme, een dergelijke vereniging steunt of heeft gesteund, dan wel extremistisch doelstellingen huldigt of heeft gehuldigd’ zou kunnen duiden op een ruimere interpretatie van de begrippen openbare orde/veiligheid in de Studentenrichtlijn dan in de Verbliffsrichtlijn. Maar is dit ook zo?

Om met het laatste te beginnen. Dat lidstaten in het geval van EU-burgers de openbare orde/veiligheid-excepties kunnen inroepen om hun reis- en verblijfsrecht te beperken vanwege ‘deelname aan een organisatie’ volgt onverkort uit het arrest *Van Duyn*. Op dit punt zie ik geen inhoudelijk verschil tussen de Studentenrichtlijn en de Verbliffsrichtlijn. Dat in punt 14 van de considerans van de Studentenrichtlijn niet wordt vermeld dat een lidstaat een standpunt moet hebben ingenomen ten aanzien van de activiteiten van een organisatie, betekent nog niet dat het hier om een andere inhoudelijke norm gaat. I.c. betreft het immers een organisatie die is vermeld op de VN/EU gemeenschappelijke lijst van terroristische organisaties die onderwerp zijn van beperkende maatregelen. Een feit dat het Hof van Justitie in punten 24 en 48 van het arrest *Fahimian* expliciet benoemt.

Het tweede verschil tussen de Studentenrichtlijn en de Verbliffsrichtlijn zouden de woorden ‘ernstig misdrijf’ in punt 14 van de considerans van eerstgenoemde richt-

lijn kunnen zijn. Hoewel artikel 27 lid 2 van de Verbliffsrichtlijn expliciet uitsluit dat een strafbaar feit een rechtvaardiging mag zijn voor een verwijderingsmaatregel volgt uit de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat een veroordeling voor een misdrijf als bedoeld in artikel 83 lid 1 VWEU wel degelijk migratierechtelijke consequenties kan hebben voor een EU-burger. Hoewel de toevoeging ‘ernstig’ lidstaten meer ruimte zou kunnen geven om het verblijf van derdelander-studenten te beperken ten aanzien van EU-burgers, waar het moet gaan om strafbare feiten die ‘een buitengewoon ernstige inbreuk vormen op een fundamenteel belang van de samenleving’, is het mijns inziens nog te vroeg om de conclusie te trekken dat het Hof van Justitie dit verschil daadwerkelijk voor ogen heeft. Hoewel uit het feitencomplex blijkt dat niet wordt vermoed dat *Fahimian* zelf met de door haar verkregen kennis strafbare feiten zal gaan plegen, leggen zowel de Duitse autoriteiten als het Hof van Justitie een link tussen de door haar te verkrijgen kennis en het Iraanse regime waarvan bekend is dat het ‘interne onderdrukking’ en ‘schending van mensenrechten’ niet schuwt (punten 23 en 26). Dit kan een indicatie zijn dat het Hof van Justitie aansluiting zoekt bij zijn vaste rechtspraak inzake ‘dwingende redenen van nationale veiligheid’, maar dit is niet meer dan een vermoeden.

Of de woorden ‘potentiële bedreiging’ in punt 14 van de considerans van de Studentenrichtlijn de conclusie rechtvaardigen dat er sprake is van een ruimere inhoudelijke norm dan in de Verbliffsrichtlijn valt te betwijfelen. In het *Van Duyn*-arrest gebruikt het Hof van Justitie het woord ‘voornemen’ in combinatie met het in dienst treden bij de Church of Scientology. Een voornemen duidt op een gebeurtenis die nog moet plaatsvinden. Ook het vaststellen of er sprake is van recidivegevaar vereist van lidstaten dat zij een afweging maken op basis van toekomstige gebeurtenissen. Dat het causaal verband tussen de toekomstige gebeurtenis die een beroep op de openbare orde rechtvaardigde in het *Van Duyn*-arrest (in dienst treden bij de Church of Scientology) en het moment waarop de gastlidstaat de openbare orde-exceptie inriep (haar binnenkomst in het VK) evident aanwezig was, kan niet worden ontkend. Dit is anders in de zaak *Fahimian*. In deze zaak wordt een visumaanvraag om promotieonderzoek te verrichten in een lidstaat afgewezen op het moment dat de aanvraagster zich nog niet in een lidstaat bevindt, omdat de kennis die zij opdoet tijdens haar verblijf in een EU-lidstaat mogelijk misbruikt wordt door haar land van herkomst als zij na afronding van haar onderzoek naar dat land terugkeert. Hier is sprake van twee aannames. Ten eerste dat *Fahimian* na haar promotieonderzoek terugkeert naar Iran. Ten tweede dat de kennis die zij in Duitsland zal verkrijgen, misbruikt zal gaan worden door haarzelf of een derde. Het is echter de vraag of de huidige terrorismedreiging niet ook reden kan zijn om meer in het algemeen, dus ook ten aanzien van EU-burgers, eerder in te grijpen bij een potentiële dreiging van de openbare veiligheid. Op de vraag of een vermoeden voldoende is om het reis- en verblijfsrecht van EU-burgers te beper-

ken, krijgen we wellicht sneller dan we denken een antwoord. Nederland is immers niet de enige lidstaat die recentelijk wetgeving heeft vastgesteld die inhoudt dat een vermoeden van deelname aan terroristische activiteiten de rechtvaardiging is om beperkende maatregelen te treffen. Zo kan bij een vermoeden om af te reizen naar het Kalifaat om aldaar deel te nemen aan de gewapende strijd het uitreisrecht van Nederlanders worden beperkt door een reeds afgegeven paspoort in te trekken na oplegging van een uitreisverbod.⁵¹ Inmiddels kunnen de Nederlandse autoriteiten bij een zelfde vermoeden ook een reeds toegekende uitkering stopzetten.⁵²

- *Openbare orde/veiligheid als constitutief vereiste of beperkingsgrond*

Zoals gezegd is er een essentieel verschil tussen de Studentenrichtlijn enerzijds en de Verblijfsrichtlijn anderzijds dat te verklaren valt door het feit dat de openbare orde en openbare veiligheid in laatstgenoemde richtlijn geen constitutieve vereisten zijn om rechten te ontlenen aan die richtlijn. EU-burgers verkrijgen hun reis- en verblijfsrecht zonder tussenkomst van de autoriteiten die in hun gastlidstaat belast zijn met vreemdelingenzaken, in Nederland de IND, op het moment dat zij voldoen aan de voorwaarden die het Unierecht stelt. Deze autoriteiten komen pas in beeld als een EU-burger niet langer aan de verblijfsvoorwaarden voldoet, zich schuldig maakt aan activiteiten die een gevaar vormen voor de openbare orde/veiligheid of er een vermoeden van misbruik of fraude is. Het is dan aan de nationale autoriteiten om aan te tonen dat het reis- en verblijfsrecht van deze EU-burger ontzegd of beperkt mag worden. Als de autoriteiten van een gastlidstaat erin slagen om aan te tonen dat de openbare orde/veiligheid een verwijderingsbesluit rechtvaardigt dan moet die EU-burger worden verwijderd naar zijn/haar lidstaat van nationaliteit, die verplicht is om zijn eigen onderdanen terug te nemen.⁵³ Anders dan derdelanders kunnen EU-burgers dus nooit uit de EU worden verwijderd. Met de open grenzen wordt EU-burgers niets in de weg gelegd om zich – ondanks een eventueel door de voormalige gastlidstaat opgelegde ongewenstverklaring – weer te begeven naar die lidstaat of een van de andere 26 lidstaten. De (potentiële) dreiging voor de openbare orde/veiligheid die uitgaat van een EU-burger blijft dus altijd aanwezig in de EU.

Anders dan bij een aanvraag gedaan op grond van de Studentenrichtlijn valt er op het moment van verkrijging van rechten op grond van de Verblijfsrichtlijn voor de nationale autoriteiten niets te beoordelen. Het is deze beoordelingsmarge die de nationale autoriteiten genieten volgens de Studentenrichtlijn en het toezicht op de uitoefening daarvan door de nationale rechter waarop de overwegingen van het Hof van Justitie in de zaak *Fahi-*

mian betrekking hebben. Iedere conclusie dat er sprake is van een andere uitleg door het Hof van Justitie mist mijns inziens dat het de Uniewetgever is die een andere keuze heeft gemaakt; een keuze die lidstaten in het geval van EU-burgers geen en in het geval van derdelander-studenten wel een beoordelingsmarge geeft. Het is niet uitgesloten dat het Hof van Justitie desgevraagd voor andere migratielijnlijnen waarin de openbare orde/veiligheid als constitutief vereiste geldt voor het verkrijgen van rechten, zal oordelen dat lidstaten een (ruime) beoordelingsmarge genieten in hun afweging of de openbare orde/veiligheid in het geding is als de aanvrager een verblijfstitel wordt toegekend, maar dit doet niet af aan het verschil dat er is tussen de Studentenrichtlijn enerzijds en de Verblijfsrichtlijn anderzijds.

Tot slot

Het laatste woord is nog niet gezegd over de bevoegdheid van lidstaten om maatregelen te treffen bij een (vermoeden) van deelname aan een terroristische organisatie/daden die gevolgen hebben voor individuele migratierechten. Zoals gezegd, hebben verschillende lidstaten wetgeving vastgesteld dat op gespannen voet staat met de vaste rechtspraak inzake het beperken van reizen verblijfsrechten van EU-burgers. De gewetensvraag is of we bereid zijn om te accepteren dat een ruimere uitleg van de begrippen openbare orde en/of -veiligheid het prijskaartje is om de veiligheid in de EU te kunnen garanderen omdat het inherent is aan een ruimere uitleg van deze begrippen ook dat het reis- en verblijfsrecht van EU-burgers beperkt wordt waar dat nu niet mogelijk is. Als we niet willen dat het reis- en verblijfsrecht van EU-burgers verregaand wordt beperkt, dan is een alternatief dat de Unierechtelijke begrippen openbare orde/veiligheid voor meerdere uitleg vatbaar zijn.

51. Zie: H. Oosterom-Staples en S. Goudriaan, 'Is voorkomen beter dan genezen? Over uitreisverboden en reisdocumenten', *Asiel&Migrantenrecht* 2015/ 8, p. 312-326.

52. Wet van 16 januari 2017 tot wijziging van de socialezekerheidswetgeving, *Stb.* 2017, 78.

53. Art. 27 lid 4 Richtlijn 2004/38/EG.